- Arrêt civil -

Audience publique du vingt-cinq mai deux mille onze

Numéro 35031 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Etienne SCHMIT, premier conseiller,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e :

EEESSS, demeurant à L- ...,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 29 avril 2009,

comparant par Maître Claudine ERPELDING, avocat à la Cour à Luxembourg,

e t :

1) la société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, établie et ayant son siège social à D- ..., inscrite au registre de commerce de Francfort sous le numéro ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL du 29 avril 2009,

comparant par Maître Laurent NIEDNER, avocat à la Cour à Luxembourg,

2) la société **YYY**, établie et ayant son siège social à D- ..., inscrite au registre de commerce de Darmstadt sous le numéro ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL du 29 avril 2009,

comparant par Maître Laurent NIEDNER, avocat à la Cour à Luxembourg,

3) l'**ACVVV**, établie à L- ..., représentée par son collègue des Bourgmestre et Echevins actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL du 29 avril 2009,

comparant par Maître Steve HELMINGER, avocat à la Cour à Luxembourg,

4) l'**OOO**, établissement public, établie et ayant son siège social à L- ..., représentée par son comité de direction actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL du 29 avril 2009,

comparant par Maître Eliane SCHAEFFER, avocat à la Cour à Luxembourg,

5) la **ZZZ**, établie et ayant son siège social à L- ..., représentée par son comité directeur actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit SCHAAL du 29 avril 2009,

n'ayant pas constitué avocat.

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier du 6 décembre 2004, EEESSS a fait donner assignation à la société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, à la société YYY et à l'UUU à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour obtenir indemnisation d'un accident dont elle fut victime le 10 mai 2004.

Elle a expliqué qu'un ouvrier de la société YYY, occupé par des travaux de câblage dans la rue Theis à Niedercorn et gêné par des voitures stationnées le long du trottoir demandait son assistance pour savoir le nom des propriétaires des véhicules aux fins de les contacter pour déplacer les voitures, qu'en se dirigeant vers l'ouvrier elle ne vit pas qu'un couvercle de la canalisation était ouvert, qu'elle tomba dans la canalisation et se blessa.

La demande dirigée contre la société YYY est basée principalement sur l'article 1384, alinéa 3 du code civil, subsidiairement sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du code civil, plus subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du code civil.

Par acte d'huissier du 15 novembre 2005, EEESSS a encore fait donner assignation à la ACVVV.

La responsabilité de celle-ci est recherchée sur les mêmes bases légales pour le cas où la société YYY ne serait pas à considérer comme gardienne du chantier.

Par acte d'huissier du 2 octobre 2006, la ACVVV a fait donner assignation à l'OOO.

La demande est basée sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, subsidiairement sur l'article 1384, alinéa 3 et plus subsidiairement sur les articles 1382 et 1383 du code civil ; pour le cas où la ACVVV serait gardienne du chantier, elle demande d'être tenue quitte et indemne de toute condamnation prononcée à son égard.

Par jugement rendu contradictoirement le 26 octobre 2007, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, avant tout autre progrès en cause, admis EEESSS à prouver par la voie testimoniale les faits suivants : « qu'en date du 10 mai 2004, le trou ouvert dans le trottoir dans la rue Theis à Niedercorn par les ouvriers de la société YYY et dans lequel EEESSS est tombée n'était pas signalisé à l'aide de quatre cônes de signalisation, ni d'ailleurs par aucun autre moyen. »

Suite à l'exécution de cette mesure d'instruction, le tribunal a, par un jugement du 21 octobre 2008 :
déclaré les demandes non fondées,
condamné EEESSS à payer à chacune des parties XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et ACVVV une indemnité de procédure de 1.000 €,
condamné la ACVVV à payer à l'OOO une indemnité de procédure de 500 €,
condamné EEESSS aux frais et dépens de l'instance pour autant que dirigée contre la société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et la ACVVV,
condamné la ACVVV aux frais et dépens de l'intervention dirigée contre l'OOO.

Par acte de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 29 avril 2009, EEESSS a régulièrement relevé appel des deux jugements rendus en première instance et qui, d'après les actes de procédure versés, n'ont pas fait l'objet d'une signification.

L'appelante requiert la réformation de la décision de première instance et l'adjudication de sa demande.

La société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, la société YYY et l'OOO concluent à la confirmation du jugement de première instance.

La ACVVV conclut au débouté de l'appel et forme régulièrement appel incident quant au chef du jugement l'ayant condamnée à payer une indemnité de procédure à l'OOO.

Quant à l'appel principal d'EEESSS

L'appelante critique le jugement du 21 octobre 2008 en ce qu'il a dit qu'elle n'a pas réussi à rapporter la preuve que le trou dans le trottoir n'était pas signalisé au motif qu'il n'y a pas lieu d'attacher plus de crédibilité aux dépositions de la voisine de la demanderesse qu'à celles du salarié de la défenderesse.

Elle fait valoir que sa voisine VVVCCC, entendue lors de l'enquête principale, est un témoin impartial et objectif, que son témoignage est corroboré par l'attestation testimoniale d'AAATTT et par des photos prises sur le lieu de l'accident.

Elle demande qu'il soit dit que la société YYY doit être considérée comme seule responsable du dommage causé par son préposé, ce dommage étant la suite d'un acte fautif de ce dernier.

Elle critique encore le jugement de première instance en ce qu'il n'a pas pris en considération une lettre de la société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, du 23 novembre 2004.

L'appelante critique le jugement de première instance également en ce qu'il a retenu que seul un trou non signalisé dans le trottoir peut être considéré comme un état anormal ; elle fait valoir qu'en se rendant dans la rue Theis en date du 10 mai 2004, elle était en droit de ne pas prévoir qu'il y avait un trou profond dans le trottoir.

Elle fait plaider ensuite qu'elle bénéficie donc d'une présomption de causalité ; que la preuve de l'état anormal du trottoir est rapportée par le simple fait qu'il présentait un trou, que ce trou n'était ni fermé par un couvercle de canalisation, ni signalisé ; que si la preuve d'une signalisation au moyen de quatre cônes devait être rapportée, elle était insuffisante ; qu'il n'a jamais été contesté que le trou dont il s'agit n'était pas sécurisé, par exemple par l'établissement d'un garde-fou.

La société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, conteste la qualité de gardien du trou dans le chef de son assurée YYY, le caractère anormal du trou, le défaut de signalisation.

La ACVVV et l'OOO recherchées en responsabilité en ordre subsidiaire, contestent également le bien-fondé de la demande d'EEESSS par rapport à l'ensemble des bases légales invoquées.

La demande d'EEESSS est basée en ordre principal sur l'article 1384, alinéa 3 du code civil.

Le dernier développement fait par l'appelante relativement au défaut de sécurisation de l'ouverture dans le trottoir doit être examiné en premier lieu puisqu'il se rapporte au premier jugement rendu en cause, à savoir celui du 26 octobre 2007.

Cette décision a admis l'offre de preuve telle que formulée par EEÉSSS.

Or c'est un défaut de signalisation, et non pas un défaut de sécurisation de l'ouverture que la demanderesse a elle-même considéré comme constitutive de faute dans le chef du préposé de la société YYY et d'état anormal.

Il importait après l'ouverture du regard dans le trottoir d'éviter que cette ouverture soit imperceptible, c'est-à-dire que le trottoir se présente de façon trompeuse comme s'il était dans un état normal.

Aux fins d'éviter la création d'un état anormal, l'ouverture dans le trottoir devait être signalisée de façon telle qu'un piéton normalement prudent et diligent s'en rende compte et passe à côté.

Une signalisation de l'ouverture par quatre cônes colorés était suffisante puisqu'elle était parfaitement visible; l'installation supplémentaire d'un garde-fou, la pose d'un triangle de sécurité, la pose d'un couvercle sur le trou ou la mise en place de banderoles de chantier n'étaient, contrairement aux conclusions de l'appelante, pas requises, puisque la mise en place de cônes marquait que l'état du trottoir différait de son état normal. La considération de l'appelante que, signalisé ou non, un trou donc même signalisé, d'une profondeur d'un mètre cinquante dans un trottoir accessible à tout le monde présente un caractère anormal, est à rejeter.

Il s'ensuit que l'appel pour autant que dirigé contre le jugement du 26 octobre 2007 est à rejeter comme non fondé.

Concernant la preuve de l'état du trottoir, les photos versées au dossier n'établissent pas si au moment de l'accident l'ouverture dans le trottoir était signalisée ou non.

Le témoin VVVCCC a déclaré « dass die Baustelle nicht gesichert war, weder durch Flatterband noch durch sonst irgendwelche Signalisierungen wie Hütchen ».

Le voisin AAATTT, à l'audition duquel il a été renoncé lors de l'enquête, a écrit dans une attestation que le regard était ouvert et non sécurisé.

Le témoin EEEKKK, entendu lors de la contre-enquête, a déclaré que la cage ouverte dans le trottoir était au moment de l'accident encadrée de quatre cônes de signalisation, un cône placé à chacun des quatre coins du regard ouvert.

L'appelante reste en défaut d'établir le bien-fondé de son affirmation selon laquelle le salarié EEEKKK aurait eu une autre version des faits le jour de l'accident et serait revenu sur ses premières déclarations lorsqu'il a été entendu par le tribunal ; elle ne précise d'ailleurs pas quelle avait été la prise de position de ce témoin le jour de l'accident.

L'appelante fait encore valoir que le témoignage d'EEEEKKK ne saurait être impartial et objectif compte tenu de son lien de subordination avec son employeur, que ce témoin aurait un intérêt manifeste à la solution du litige, et qu'eu égard au lien de subordination, de collaboration et de communauté d'intérêts d'EEEEKKK avec la société YYY et vu les contradictions entre les témoignages de VVVCCC et d'AAATTT, d'une part, et le témoignage d'EEEEKKK, d'autre part, EEEKKK ne pourrait pas présenter des garanties suffisantes pour emporter la conviction.

Elle fait plaider qu'en admettant que le trou n'était pas signalisé, l'ouvrier admettrait également avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions ayant permis la réalisation de l'accident, ce qui est finalement le cas en l'espèce. Cet élément suffit à lui seul pour démontrer qu'il avait un intérêt personnel dans le cadre du présent litige, de sorte que son témoignage n'est pas objectif et qu'il doit être purement et simplement écarté.

En accordant sans aucune justification de la valeur au seul témoignage du préposé de la société YYY et en écartant purement et simplement les autres éléments de preuve rapportés par l'appelante, le tribunal aurait violé le principe de l'égalité des armes.

Les sociétés XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et YYY y répondent que le seul fait que le témoin a un lien de subordination avec une des parties en cause ne justifie pas à lui seul le rejet de son témoignage ; aucun élément objectif du dossier ne viendrait étayer l'affirmation de l'appelante selon laquelle ce témoin manquerait d'impartialité, EEEKKK aurait déposé en toute bonne foi.

La société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et YYY demandent d'écarter le témoignage de VVVCCC au motif qu'elle entretient une relation amicale avec l'appelante et au motif que la présence d'un véhicule lui aurait caché la vue sur le lieu de l'accident. L'OOO pour sa part, renvoie à ces conclusions.

Il y a lieu de constater qu'un faux témoignage dans le chef de l'un ou de l'autre témoin n'est pas établi.

Un manque de précision n'est pas à retenir quant aux dépositions faites.

Ayant dû apprécier le résultat de l'enquête, le tribunal a considéré les dépositions recueillies lors de l'enquête et lors de la contre-enquête, il a constaté que les dépositions recueillies étaient contradictoires, et dit ensuite que par conséquent la preuve dont la charge incombait à la demanderesse EEESSS,

n'était pas rapportée. Il n'a pas donné plus de poids au témoignage d'EEEEKKK, mais il a fait application des règles de preuve.

Le reproche d'une violation du principe de l'égalité des armes, formulé dans ce contexte par l'appelante à l'égard de la juridiction de première instance au motif que le tribunal n'aurait accordé de la valeur qu'au seul témoignage du préposé de la société YYY et écarté purement et simplement les autres éléments de preuve rapportés, n'est donc pas fondé.

Le moyen d'une violation du principe de l'égalité des armes n'est pas non plus fondé en ce que l'appelante, en se référant à l'arrêt DOMBO BEHEER / PAYS-BAS rendu le 27 octobre 1993 par la Cour européenne des droits de l'homme et à un arrêt de la Cour d'appel du 8 juillet 1998 (P.31, 53), entend voir écarter le témoignage du préposé, tiers au procès, face à l'incapacité de témoigner dans le chef d'une partie au procès. En effet, l'hypothèse à la base des deux décisions citées diffère de celle qui est à la base du présent litige : dans les deux décisions visées, une partie entendait faire valoir comme élément de preuve le témoignage d'un préposé, alors que l'autre partie, n'ayant elle-même pas pu témoigner en raison de sa qualité de partie au procès, n'avait pas de témoin à faire entendre. Cette dernière, contrairement à la partie adverse, ne disposait donc pas de la possibilité de prouver le bien-fondé de sa version des faits. Dans l'arrêt du 27 octobre 1993, la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que : « Pendant les négociations pertinentes, MM. Van Reijendam et van W. avaient agi sur un pied d'égalité, chacun d'eux étant habilité à traiter au nom de son mandant. Dès lors, on voit mal pourquoi ils ne purent déposer tous deux. La société requérante ayant ainsi été placée dans une situation de net désavantage par rapport à la banque, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). » En l'espèce, une inégalité dans le sens retenu par l'arrêt DOMBO BEHEER / PAYS-BAS n'est pas en cause puisque, tout comme les parties défenderesses, la demanderesse a produit des témoignages relatifs à sa version des faits.

Dans le présent litige c'est la valeur des témoignages respectivement apportés par les parties qui est à apprécier.

Il n'est pas établi si, et dans l'affirmative dans quelle mesure, la vue du témoin VVVCCC était restreinte.

Il y a lieu de rappeler que les reproches des témoins, tel un intérêt dans l'affaire, ont été abolis par le législateur, chacun pouvant être entendu comme témoin s'il n'est pas partie en cause ni frappé d'une incapacité de témoigner en justice.

A supposer que le témoin EEEKKK ait indiqué une profondeur du trou inférieure à celle ayant réellement existé, tel que le fait valoir l'appelante, une erreur afférente ne saurait avoir pour conséquence que l'intégralité de sa déposition soit qualifiée de mensongère.

Tout comme des éléments de nature à mettre en doute la crédibilité de la voisine VVVCCC au motif d'une amitié avec EEESSS font défaut, un élément

objectif impliquant la conclusion qu'EEEEKKK aurait fait une déclaration mensongère n'est pas produit, cette conclusion ne pouvant être tirée de sa seule qualité de préposé d'une partie.

EEESSS n'a, par l'enquête, pas établi de faute engageant la responsabilité du commettant. Le jugement du 21 octobre 2008 est donc à confirmer sur ce point.

L'appelante fait encore relever qu'elle s'est rendue sur le trottoir à la demande du préposé de la société YYY pour identifier le propriétaire du véhicule garé le long du trottoir et gênant l'accès à l'ouverture où les travaux de câblage devaient être exécutés, que l'ouvrier avait l'obligation de la rendre attentive à la dangerosité particulière du trou qu'il venait d'ouvrir et qu'il détournait son attention sur les voitures garées dans la rue.

Le fait que l'ouvrier aurait détourné l'attention d'EEESSS est contesté et laisse d'être établi.

Pour le surplus il y a lieu de constater que la demanderesse devait de toute façon faire attention à ses pas.

Les faits tels qu'invoqués ne sauraient donc être retenus comme constitutifs de fautes dans le chef de l'ouvrier de la société YYY.

En ordre subsidiaire, l'appelante fait plaider que la société YYY a du moins contribué à la réalisation du dommage ; elle invoque à cet égard l'aveu de la société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, pour avoir écrit en date du 23 novembre 2004 : « nach Prüfung des Sachverhaltes ist von einem Mitverschulden Ihrer Mandantin auszugehen.(...) In Anbetracht aller Umstände bemessen wir das Mitverschulden Ihrer Mandantin mit 40 %. » L'appelante reproche au tribunal de ne pas avoir pris cette lettre en considération.

Il y a lieu de constater que l'appelante fait état d'un aveu relatif à une contribution partielle à la réalisation du préjudice par la partie assurée.

Son moyen vise la preuve des causes de la responsabilité ; il se situe dans l'ensemble des développements que l'appelante présente en rapport avec les bases légales par elle invoquées, les articles 1384, alinéa 3, 1384, alinéa premier, 1382 et 1383 du code civil.

La demande n'étant pas basée sur une reconnaissance partielle de responsabilité, le moyen présenté est à examiner par rapport aux dispositions légales ainsi précisées.

Le susdit courrier ne contient pas d'aveu relatif à une faute du préposé puisqu'il y est dit : « Unser Versicherungsnehmer hatte die Schadensstelle mittels Hütchen abgesichert. Dies ergibt sich aus dem Schadensbericht des Monteurs unserer Versicherungsnehmerin, Herrn Michael KNEUPER. »

En conclusion de ce qui précède, il y a lieu de constater que l'appelante reste en défaut de justifier du bien-fondé de sa demande pour autant que dirigée contre les sociétés XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et YYY sur base de l'article 1384, alinéa 3 du code civil.

Il se dégage encore des développements ci-dessus que l'état anormal du trottoir n'a pas été prouvé par l'enquête.

Un aveu relatif à un état anormal de l'endroit où l'accident s'est produit n'est pas non plus établi par le courrier de la société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, du 23 novembre 2004 puisque la compagnie d'assurances a, outre l'observation faite quant au placement de cônes de signalisation, écrit : « Der Schaden ereignete sich gegen 10.00 Uhr morgens. Zu diesem Zeitpunkt herrschten daher klare Sichtverhältnisse, so dass die Schadensstelle für Ihre Mandantin erkennbar war. »

L'offre de preuve par visite des lieux tendant à prouver la profondeur et la dangerosité du trou litigieux est, à défaut de preuve relative à l'absence de signalisation au moment de l'accident, et sans devoir être autrement examinée, à rejeter pour être superfétatoire.

L'état anormal du trottoir et une faute de nature à engager la responsabilité délictuelle sur base des articles 1382 et 1383 du code civil n'étant pas établis, la demande pour autant que dirigée subsidiairement contre les sociétés XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et YYY sur base de l'article 1384, alinéa premier et des articles 1382 et 1383 du code civil est, sans devoir être analysée plus amplement, également à rejeter.

Il en va de même des demandes formulées subsidiairement contre la ACVVV et l'OOO sur base des articles 1384, alinéa 1^{er} et 1382 et 1383 du code civil.

Une faute à charge d'un préposé de la ACVVV et de l'OOO n'est pas invoquée, de sorte que la demande pour autant que dirigée contre ces deux parties sur base de l'article 1384, alinéa 3 du code civil n'est pas non plus fondée.

EEESSS est donc à débouter de son appel.

Quant à l'appel incident de la ACVVV

La ACVVV demande d'être déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure à l'OOO.

Comme l'OOO a dû se défendre par rapport à sa mise en intervention ayant été faite par la ACVVV, et eu égard à la décision au fond, il paraît inéquitable de laisser l'intégralité des sommes par elle exposées, non comprises dans les dépens, à sa charge exclusive.

L'appel incident est donc à rejeter comme non fondé.

Quant aux autres demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

EESSS sollicite de la part des intimées XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, YYY, ACVVV et OOO une indemnité de procédure de 1.000 € pour la première instance et de 3.000 € pour l'instance d'appel.

Eu égard à la décision à intervenir, ces demandes ne sont pas fondées, la partie qui succombe dans ses prétentions ne pouvant prétendre à l'octroi d'une indemnité de procédure.

La société XXX, Zweigniederlassung Frankfurt-am-Main, et la ACVVV demandent de condamner EESSS au paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel de respectivement 1.000 € et 2.000 € (suivant le dispositif des conclusions du 2 novembre 2009, alors que dans la motivation des conclusions une indemnité de 1.000 € a été requise).

L'OOO - ayant dans la présente instance été intimée par EESSS - demande de condamner les parties adverses solidairement, sinon in solidum, au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 €.

La condition d'iniquité posée par l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'étant pas établie, il n'y a pas lieu de faire droit à ces demandes.

La ZZZ n'a pas constitué avocat.

L'acte d'appel a été signifié à une personne habilitée à recevoir l'exploit ; le présent arrêt est donc à rendre contradictoirement à son égard.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

les dit non fondés,

en déboute,

confirme les jugements de première instance,

dit non fondées les demandes en obtention d'une indemnité de procédure,

en déboute,

déclare le présent arrêt commun à la ZZZ,

condamne EEESSS aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Eliane SCHAEFFER, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carlo HEYARD, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.